

Christian Schmid, Cajetan Späth\*

# Zur Monetarisierbarkeit der (weniger personalisierten, aber) gleichwertigen Alternative

Mit wenigen Worten bringt der EuGH die in der Europäischen Union operierenden Tech-Giganten in schwere Bedrängnis. Indem er mit seinem Urteil in der Rechtssache *Meta Platforms* marktbeherrschenden Unternehmen verbietet, ihre Dienste ausschließlich nach einem *alternativlosen Datenentgeltmodell* anzubieten, steht nichts weniger als deren bisheriges Geschäftsmodell auf dem Spiel. Die für die Entscheidung maßgebliche DS-GVO ermöglicht den Akteuren, für die obligatorisch anzubietende weniger daten-hungrige, jedoch gleichwertige Variante ein „angemessenes Entgelt“ zu fordern. Der Digital Markets Act verfolgt das gleiche Ziel, legt den Torwächtern dabei aber engere Fesseln an. Sie dürfen die weniger personalisierte Alternative des Plattformdienstes nicht schlechter ausgestalten als das datenintensive Pendant. Beide Steuerungsansätze können unzweifelhaft einen effektiveren Datenschutz gewährleisten. Allerdings könnten sie auch die Zukunft der „kostenlosen“ Internetdienste besiegeln.

## 1 Herausforderungen des Digitalsektors

Mit der Digitalwirtschaft und ihren vielfältigen Geschäftsmodellen gehen ökonomische Phänomene wie etwa direkte und indirekte Netzwerkeffekte sowie Verbundvorteile und Skaleneffekte einher, die insbesondere die Gefahr begründen, dass diese Märkte monopolisiert und weitere potentielle respektive tatsächliche Marktakteure ausgebeutet werden.<sup>1</sup> Der Digital Mar-

kets Act (DMA)<sup>2</sup> verpflichtet sogenannte Torwächter in Art. 5 Abs. 2 DMA i. V. m. den ErwG 36 f. dazu, eine *weniger personalisierte Alternative* (wpA) ihres zentralen Plattformdienstes (zPD) bereitzustellen.<sup>3</sup> Jüngst entschied der EuGH in der Rechtssache *Meta Platforms*<sup>4</sup>, dass ebenso die DS-GVO den Betreiber eines sozialen Netzwerks (Diensteanbieter) unter gewissen Umständen verpflichtet, eine gleichwertige Alternative bereitzustellen, die auf die zwingende Einwilligung des Nutzers in für die Vertragsdurchführung nicht erforderliche Datenverarbeitungsvorgänge verzichtet (datenärmere Alternative).<sup>5</sup> Damit schiebt der EuGH der bisherigen Praxis, für die Nutzung des Plattformdienstes als Gegenleistung vom Nutzer ausschließlich eine Einwilligung in die umfassende Datenverarbeitung (nach dem Prinzip: Daten gegen Leistung) zu akzeptieren und mithin nach dem „Take-it-or-leave-it-Modell“ zu operieren (nachstehend: *alternativloses Datenentgeltmodell*), einen Riegel vor. Vielmehr muss dem Nutzer eine echte Wahl zwischen mindestens zwei Entgeltoptionen ermöglicht werden. Auf diese Weise knüpft der EuGH letztlich an die dem „PUR-Modell“ zugrundeliegende Logik an.<sup>6</sup> Die bisher-

© Der/die Autor(en) 2023. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

\* Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG),

Projektnummer 463332313.



**Christian Schmid, Ass. Jur.,**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M an der Universität Regensburg.

E-Mail: christian.schmid@ur.de



**Cajetan Späth, Dipl.-Jur. Univ.,**

Promotionsstipendiat, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M an der Universität Regensburg.

E-Mail: cajetan.spaeth@ur.de

1 Statt vieler *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 54-72; *Mendelsohn/Buszinski*, in: Schmidt/Hübener, Das neue Recht der digitalen Märkte, 2023, § 2 Rn. 2-9; *Spindler/Seidel*, NJW 2022, 2730, 2731-2733.

2 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.9.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. EU L 265/1.

3 Grundlegend hierzu *Schmid/Späth*, NZKart 2022, 568.

4 EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579 – Meta Platforms.

5 EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 150 – Meta Platforms.

6 EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579 – Rn. 149 f. – Meta Platforms; *Schmid/Späth*, NZKart 2022, 568; dazu und zum „PUR-Modell“ *Kühling/Sauerborn*, ZfDR 2022, 339, 344-364; *Kühling/Buchner* DuD 2023, 520.

ge Ausgestaltung als *alternativloses Datenentgeltmodell* verbunden mit einer sehr breiten Datenverarbeitung sowie der Fähigkeit, diese Angebote aufgrund von (in)direkten Netzwerkeffekten im Markt durchzusetzen, haben Monopolisierungstendenzen<sup>7</sup> stark begünstigt und sind auf einen weiteren Feedback-Loop zurückzuführen<sup>8</sup>: Weil die Dienste stetig attraktiver wurden und sich stärker verbreiteten, wurden sie für mehr Personen zunehmend unverzichtbar. Dies ist Ausdruck des klassischen Netzwerkeffekts. Diese selbstverstärkenden Effekte<sup>9</sup> versetzten die Diensteanbieter sodann in die Lage, sukzessive breitere sowie umfassendere Datenverarbeitungen alternativlos durchzusetzen.<sup>10</sup> Zuletzt führte Meta sogar Datensätze zusammen, die infolge einer Übernahme anderer Unternehmen (etwa Instagram oder WhatsApp<sup>11</sup>) erlangt wurden, und bislang getrennt gespeichert waren.<sup>12</sup>

Dieser Beitrag widmet sich der Frage, ob eine weniger personalisierte oder datenärmere Alternative des bisherigen, klassischen Plattformdienstes monetarisiert werden darf. Dafür sind primär die Regelungen der DS-GVO zur Freiwilligkeit der Datenverarbeitungseinwilligung (2.) und die des DMA hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den benannten Torwächter (3.) maßgeblich. Im Ergebnis lassen sich aus diesen divergierende normative Steuerungswirkungen hinsichtlich der Monetarisierbarkeit der wpA ableiten (4.). In der Zukunft wird vermutlich entscheidend sein, welche Stellung das relevante Unternehmen am Markt einnimmt und ob der klassische Plattformdienst geteiltlich ausgestaltet ist (5.).

## 2 Anforderungen der DS-GVO

Ob marktmächtige Unternehmen eine weniger datenintensive und dennoch gleichwertige Variante der ihrerseits angebotenen digitalen Dienste offerieren müssen, damit die Einwilligung in die Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO wirksam ist, wird seit jeher kontrovers diskutiert.<sup>13</sup> Die Einwilligung muss nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO insbesondere *freiwillig* sein. Dazu ist es ausweislich ErwG 42 S. 5 DS-GVO erforderlich, dass die Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“

Hieran kann es gemäß ErwG 43 S. 1 DS-GVO mangeln, wenn zwischen dem jeweils Betroffenen und dem Datenverarbeiter ein klares Ungleichgewicht besteht.<sup>14</sup> In der Rechtssache *Meta Platforms* stellte der EuGH klar, dass die marktbeherrschende Stellung

des datenverarbeitenden Unternehmens *für sich genommen* nicht genügt, um eine solche Diskrepanz anzunehmen und demzufolge die Freiwilligkeit abzulehnen.<sup>15</sup> Dies ist neben den andernfalls in tatsächlicher Hinsicht drohenden schweren Folgen für die Digitalwirtschaft auch aus normativen Gründen konsequent. Denn nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 DMA dürfen die seitens der Kommission benannten Torwächter, die ausweislich des Art. 3 Abs. 1 DMA eine herausragende Stellung im digitalen Sektor innehaben und wohl oftmals zugleich eine beherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV einnehmen,<sup>16</sup> die *ex ante* untersagten Datenverarbeitungen vornehmen, wenn „dem Endnutzer die spezifische Wahl gegeben wurde und er im Sinne des Artikels 4 Nummer 11 und des Artikels 7 der Verordnung (EU) 2016/679 eingewilligt hat“. Danach geht der Unionsgesetzgeber ebenfalls davon aus, dass auch gegenüber einem Torwächter an sich wirksam eingewilligt werden kann.

Ferner werden Dienste, die auf dem *alternativlosen Datenentgeltmodell* basieren, durch das Koppelungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO erheblich unter Druck gesetzt.<sup>17</sup> Denn dieses schützt die Nutzer ebenfalls vor einem Ungleichgewicht im Zuge der Erteilung der Einwilligung.<sup>18</sup> Bei der Prüfung, ob die konkrete Einwilligung freiwillig erteilt wurde, ist „in größtmöglichem Umfang“ zu berücksichtigen, ob der Datenverarbeiter solche Bedingungen durchsetzen kann, die für die Erfüllung des Vertrags nicht unbedingt erforderlich sind, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Sofern dies der Fall ist, dem Betroffenen keine zumutbare Alternative offensteht und der Diensteanbieter eine marktbeherrschende Stellung innehat, wird regelmäßig die Unfreiwilligkeit der Einwilligung anzunehmen sein.<sup>19</sup>

Möchte das marktbeherrschende Unternehmen mit seinem Onlinedienst umfangreiche und für die Vertragsdurchführung nicht erforderliche Datenverarbeitungen vornehmen, muss es selbst<sup>20</sup> eine gleichwertige, weniger personalisierte Variante desselben anbieten.<sup>21</sup> Bestimmend ist dabei das Motiv, dass die „Nutzer die Freiheit haben [müssen], im Zuge des Vertragsabschlusses die Einwilligung in bestimmte Datenverarbeitungsvorgänge, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind, einzeln zu verweigern, ohne dazu gezwungen zu sein, auf die Nutzung des vom Betreiber des sozialen Online-Netzwerks angebotenen Dienstes vollständig zu verzichten“. <sup>22</sup> Demnach darf ein marktbeherrschender Diensteanbieter – in concreto Meta – für die Nutzung der datenärmeren Alternative von dem (potentiellen) Nutzer einzig die Einwilligung in die Datenverarbeitungsvorgänge verlangen, die für die Vertrags-

15 EuGH, Urv. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 147-149 – Meta Platforms.

16 Der EuGH und das BKartA nehmen einen (sachlichen) „Markt für soziale Netzwerke“ an. Für die weiteren als Torwächter zu benennenden und dort operierenden Unternehmen käme allein eine kollektive Marktbeherrschung in Betracht. Dazu EuGH Urv. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 30, 147– Meta Platforms; BKartA, Beschl. v. 6.2.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895, Rn. 230 ff., 264, zur Definition eines „sozialen Netzwerks“ vgl. Rn. 258 ff.

17 *Kühling/Sauerborn*, ZfDR 2022, 339, 345 f.; *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 13), Art. 7 DS-GVO Rn. 49-51a m. w. N.

18 *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 13), Art. 7 DS-GVO Rn. 45-54; *Kühling/Klar/Sackmann* (Fn. 14), Rn. 514; *Ingold*, in: *Sydow/Marsch*, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 7 DS-GVO Rn. 30-33.

19 *Kühling/Klar/Sackmann* (Fn. 14), Rn. 514; *Kühling/Sauerborn*, ZfDR 2022, 339, 346; *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 13), Art. 7 DS-GVO Rn. 52-53a.

20 Anderes gilt, wenn Interoperabilität für die Wettbewerber bestünde, da dann die Netzwerkeffekte nicht mehr in gleicher Härte durchschlugen.

21 Siehe EuGH, Urv. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 149 f. – Meta Platforms.

22 EuGH, Urv. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 150 – Meta Platforms.

7 I. S. d. Art. 1 Abs. 1 DMA: die mangelnde Bestreitbarkeit dieser Märkte.

8 *Crémer/de Montjoye/Schweitzer* (Fn. 1), S. 54-72; *Mendelsohn/Budzinski*, in: *Schmidt/Hübener* (Fn. 1), § 2 Rn. 2-9; *Spindler/Seidel*, NJW 2022, 2730, 2731-2733; *BKartA*, Beschl. v. 6.2.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895, Rn. 272 ff.

9 *BKartA*, Beschl. v. 6.2.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895, Rn. 424-431.

10 *BKartA*, Beschl. v. 6.2.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895, Rn. 871-913.

11 Vom EuGH, Urv. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 28 – Meta Platforms, als „Off-Facebook-Daten“ bezeichnet.

12 *BKartA*, Beschl. v. 6.2.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895, Rn. 474 ff., 485, 597, 616, 777.

13 Etwa EDPD, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Rn. 13–54, <https://t1p.de/u6aqp> (alle Links zuletzt abgerufen 9.11.2023); *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349, 350-352; *Kühling/Sauerborn*, ZfDR 2022, 339, 355-358; instruktiv hierzu und vom EuGH in seiner Meta Platforms Entscheidung bestätigt *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 7 DS-GVO Rn. 52-53d.

14 Näher *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 513.

durchführung *tatsächlich* erforderlich sind.<sup>23</sup> Auf diese Weise entsteht jedoch faktisch ein Gleichlauf mit dem Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DS-GVO, sodass eine Einwilligung in diesen Fällen an sich entbehrlich wäre. Einer zusätzlichen Einwilligung bedarf es konsequenterweise allein für die Verarbeitung der in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten, Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO, wenn nicht ein anderer gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt.

Da das Minus an zu verarbeitenden personenbezogenen Daten wohl geringere Werbeeinnahmen zur Folge hat, darf nach der zutreffenden Ansicht des EuGH diese datenärmere Alternative „gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt“ angeboten werden, selbst wenn der zugrundeliegende klassische Onlinedienst monetär kostenlos<sup>24</sup> bereitgestellt wird. Der Preis der datenärmeren Alternative darf – dem Angemessenheitskriterium folgend – jedoch nicht so hoch<sup>25</sup> angesetzt werden, dass sie für die durchschnittliche betroffene Person gegenüber dem klassischen Onlinedienst unzumutbar ist, weil ansonsten nach dem datenschutzrechtlichen Verständnis *de facto* keine Wahl bestünde. Insoweit ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

Hinsichtlich der Angemessenheit ergeben sich noch zwei weitere Probleme. Erstens: Wie ist der Wert der Daten zu bestimmen, die nicht mehr verarbeitet werden dürfen?<sup>26</sup> Einen ersten Anhaltspunkt können insoweit die kausalen Mindereinnahmen bilden.<sup>27</sup> Zweitens besteht eine im Kern wettbewerbsrechtliche Frage: Darf das Unternehmen diesen entstehenden „Schaden“ vollständig oder nur partiell bei der Berechnung des angemessenen Entgelts berücksichtigen? Dabei muss beachtet werden, dass den marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Machtstellung nach der Rechtsprechung eine *besondere Verantwortung*<sup>28</sup> für den Wettbewerb zukommt, die eine stärkere legislative Inanspruchnahme der Akteure rechtfertigt. Daher erscheint es möglich, dass sie die Mindereinnahmen nur teilweise durch ein (höheres) Entgelt kompensieren dürfen und den Rest als *Sonderopfer*<sup>29</sup> selbst tragen müssen.

Die DS-GVO gestattet mithin eine monetär entgeltspflichtige Ausgestaltung der datenärmere Alternative des Onlinedienstes unabhängig davon, ob der klassische Onlinedienst seinerseits monetär kostenlos nutzbar ist oder nicht. Entscheidend ist nur, dass die datenärmere Alternative im Rahmen einer wertenden

Gesamtschau, bei der mitunter die Preisgestaltung berücksichtigt wird, als gleichwertige Alternative anzusehen ist.

### 3 Vorgaben des Digital Markets Act

Einen im Grundsatz vergleichbaren, wenngleich signifikant präskriptiver ausgestalteten, normativen Steuerungsansatz wählt der DMA.<sup>30</sup> Die durch die Kommission gemäß Art. 3 Abs. 4 oder Abs. 8 DMA benannten Torwächter<sup>31</sup> dürfen nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a bis d DMA etwa personenbezogene Endnutzerdaten zum Zweck des Betriebs von Online-Werbung nur dann verarbeiten und zusammenführen, wenn dem Endnutzer „*die spezifische Wahl gegeben wurde*“ und er im Sinne des Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO eingewilligt hat. Während nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 DMA weiterhin auf die Rechtfertigungsgründe in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c bis e DS-GVO rekurriert werden darf, ist der Rückgriff auf lit. b oder f nach ErwG 36 S. 7 ausgeschlossen.<sup>32</sup>

Was mit der „*spezifischen Wahl*“ gemeint ist, erläutern die ErwG 36 S. 6 und 37 S. 1 DMA.<sup>33</sup> Die Torwächter müssen den Endnutzern eine freie Entscheidung darüber ermöglichen, welchen Datenverarbeitungen des Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a bis d DMA sie zustimmen, indem sie zugleich „*eine weniger personalisierte, aber gleichwertige Alternative anbieten*“, ErwG 36 S. 6 DMA. Letztere darf sich dabei von dem klassischen zPD nicht „*unterscheiden oder von geringerer Qualität sein, es sei denn, eine Qualitätsminderung ist eine unmittelbare Folge davon, dass der Torwächter nicht in der Lage ist, solche personenbezogenen Daten zu verarbeiten*“, ErwG 37 S. 1 DMA. Der zPD bleibt jedoch „*ansonsten unverändert*“ und es werden „*keine Funktionen vorenthalten*“, ErwG 37 S. 5 DMA. Zwar können Anforderungen, die der DMA den Torwächtern auferlegt, nicht unmittelbar i. R. d. DS-GVO fruchtbar gemacht werden, da der DMA den Torwächtern im Hinblick auf ihre herausragende Stellung wesentlich weiterreichende Verpflichtungen auferlegt, als es bei der für alle Datenverarbeiter gleichermaßen geltenden DS-GVO der Fall ist.<sup>34</sup> Jedoch dürften die wettbewerbsrechtlichen Überlegungen<sup>35</sup> zum Kriterium der „*Gleichwertigkeit*“ ebenso in die DS-GVO übertragbar sein.

Unklar bleibt jedoch, ob und, wenn ja, wie eine wpA monetarisiert werden darf, da die ErwG 36 S. 5, 37 S. 1 DMA primär auf die Beschaffenheit der wpA des jeweiligen zPD abstellen. Von der Verordnung werden die Zugangsbedingungen nur dahingehend konkretisiert, wie die Einwilligung in die Praktiken nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a bis d DMA zu erteilen ist.<sup>36</sup> Ob für die wpA ein monetäres Entgelt verlangt werden darf, wird nicht explizit erörtert. Da Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 DMA eine Einwilligung nach

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 149 f. – Meta Platforms.

<sup>24</sup> Tatsächlich bezahlt der Nutzer für die Dienste des Plattformbetreibers in der Regel wohl in zwei Schritten: Zuerst werden personenbezogene Daten des Nutzers gesammelt und vom Betreiber des Onlinedienstes ausgewertet, um Werbetreibenden hochindividualisierte und damit hochwertige Werbeplätze „verkaufen“ zu können. Sodann wird dem Nutzer diese Werbung ausgespielt und er „zahlt“ insoweit zumindest mit seiner Aufmerksamkeit. Das Ganze wird im Folgenden als „Daten gegen Leistung“ bezeichnet, dazu Kühling/Buchner, DuD 2023, 519 sowie Kühling/Schwartz in diesem Heft.

<sup>25</sup> Beispielsweise 50 Euro im Monat für die Nutzung von Facebook.

<sup>26</sup> Der damit aufgeworfene Aspekt der datenbezogenen „Kommerzialisierungsfairness“ muss eingehend erforscht werden; Kühling/Buchner, DuD 2023, 519 sowie Schmid/Späth, NZKart 2022, 568, 571.

<sup>27</sup> Zu verschiedenen denkbaren Anknüpfungspunkten etwa Cal. Code Regs. Tit. 11, § 7081 (CCPA Regulations).

<sup>28</sup> St. Rspr. EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 40 f. – Slovak Telekom; Urt. v. 25.3.2021, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 40 f. – Deutsche Telekom; Urt. v. 30.1.2020, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 148, 153 – Generics.

<sup>29</sup> Die Differenz, die sich aus den Mindereinnahmen ergibt, wäre um eine „Monopolrente“ zu reduzieren. Der Gedanke beruht auf einer Wortmeldung von Prof. Dr. Alexander Hellgardt, LL.M. (Harvard) im juristischen Fakultätsseminar der Universität Regensburg am 28.11.2022.

<sup>30</sup> Dieser Gliederungspunkt beruht auf den grundlegenden Ausführungen zur weniger personalisierten Alternative bei Schmid/Späth, NZKart 2022, 568.

<sup>31</sup> Benannt sind nun Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta und Microsoft, siehe Mitteilung der Kommission v. 6.9.2023, <https://t1p.de/bqelt>.

<sup>32</sup> Ebenso Podszun, in: ders., Digital Markets Act, 2023, Art. 5 Rn. 28 f. und Hacker, GRUR 2022, 1278, 1279.

<sup>33</sup> A. A. Podszun, in: ders. (Fn. 32), Art. 5 Rn. 24, der darin ein Synonym zu dem Merkmal „für den bestimmten Fall“ in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO erkennt.

<sup>34</sup> Siehe ErwG 12 DMA.

<sup>35</sup> Diese normative Anknüpfung erfolgt i.R.d. Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt ist, durch die Einbeziehung des Marktbeherrschungskriteriums; EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579, Rn. 149 f. – Meta Platforms.

<sup>36</sup> ErwG 37 S. 2-9 DMA.

Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO verlangt,<sup>37</sup> wird mit Blick auf deren Freiwilligkeit jedenfalls ein äußerer Rahmen gesteckt. Die zuvor dargelegten datenschutzrechtlichen Implikationen werden an dieser Stelle in den DMA inkorporiert.<sup>38</sup> Hinsichtlich der datenärmeren Alternative nach der DS-GVO ist Art. 5 Abs. 2 DMA jedoch *lex specialis*.

Insbesondere ist insoweit das Umgehungsverbot in Art. 13 Abs. 6 DMA zu beachten. Nach dessen Hs. 1 darf der Torwächter „weder die Bedingungen oder die Qualität der zentralen Plattformdienste [...] verschlechtern noch die Ausübung dieser Rechte bzw. Möglichkeiten übermäßig erschweren“, wenn die Rechte oder Gestaltungsmöglichkeiten gemäß den Art. 5 bis 7 DMA wahrgenommen werden. Man kann insoweit von einem allgemeinen Verschlechterungsverbot nach Hs. 1 Alt. 1 sowie einem Erschwerungsverbot nach Hs. 1 Alt. 2 sprechen.<sup>39</sup> Für die wpA kommen *prima facie* beide Alternativen in Betracht.

Zum einen handelt es sich bei der wpA letztlich um *denselben* zPD, der in einer datenintensiven und einer oder mehreren datensparsameren Variante(n) angeboten wird. Verlangt der Torwächter nun ausschließlich für die wpA ein (höheres) monetäres Entgelt, werden insoweit durchaus die Bedingungen gegenüber dem klassischen zPD iSd Hs. 1 Alt. 1 *verschlechtert*. Zwar bleibt eine genaue Kalkulation des Datenminderwerts und des damit einhergehenden qualitativen Minderwerts des zPD denkbar, dessen Differenz durch monetäre Zuzahlung ausgeglichen werden könnte.<sup>40</sup> Allerdings dürfte diese Berechnung aufgrund ihrer Komplexität (noch) zu Rechtsunsicherheit führen.<sup>41</sup> Unbenommen bleibt jedoch eine Monetarisierung der wpA, wenn der klassische zPD gleichzeitig in identischer Weise monetarisiert wird. Dass die Qualität der wpA gegenüber dem klassischen datenintensiven zPD – bspw. aufgrund niedrigerer Personalisierung – regelmäßig geringer sein wird, liegt – wie ErWG 37 S. 1 DMA zutreffend herausstellt – in der Natur der Sache und kann dem Torwächter insoweit nicht zur Last gelegt werden.

Zum anderen ermöglicht Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 DMA dem Endnutzer gerade die Wahl, welches Modell desselben zPD er nutzen möchte, sodass durch eine unterschiedliche preisliche Gestaltung wiederum ein Recht oder eine Wahlmöglichkeit i. S. d. Art. 13 Abs. 6 Hs. 1 Alt. 2 DMA übermäßig erschwert werden könnte. Diese schließt nicht aus, für die wpA eine Einmalzahlung oder den Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements zu verlangen. Vielmehr ist durch Hs. 1 Alt. 2 – neben einem Verbot des Nudgings durch manipulative Websitegestaltung in Hs. 2 – die Preisgestaltungsfreiheit einzig dahingehend beschränkt, dass sie die Wahl, sich für die wpA anstatt den klassischen zPD zu entscheiden, nicht „übermäßig erschwert“. Im Wege eines angemessenen monetären Entgelts, analog zu den unter 2. dargelegten datenschutzrechtlichen Anforderungen, dürfte dieses Kriterium erfüllt sein.

Allerdings könnte angezweifelt werden, ob Hs. 1 Alt. 2 überhaupt einschlägig ist. Denn mit Blick auf Art. 13 Abs. 6 Hs. 2

DMA und ErWG 70 S. 4 könnte vorgebracht werden, dass Hs. 1 Alt. 2 die Rechts- und Wahlausübung nur hinsichtlich der Ausgestaltung der Benutzerschnittstelle schützt. Konsequenterweise weitergedacht stellte sich dann die Frage, ob der Torwächter die Fähigkeit des Endnutzers, eine *freiwillige* Zustimmung zu erteilen, dadurch signifikant beeinträchtigt, dass er auf der Auswahlwebsite für die wpA einen im Vergleich zum klassischen zPD unverhältnismäßigen Preis anzeigt. Jedoch handelt es sich bei der Preisanzeige nicht um einen Bestandteil der Benutzerschnittstelle. Vielmehr würde das geforderte Entgelt nur deshalb in den sachlichen Anwendungsbereich der Norm einbezogen und damit Prüfungsgegenstand, weil es zugleich *mittels* der Benutzerschnittstelle angezeigt wird. Überzeugender ist es, Art. 13 Abs. 6 Hs. 1 Alt. 2 DMA nicht nur auf die Benutzerschnittstelle zu beziehen, sondern vielmehr davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber mit Hs. 2 lediglich klarstellen wollte, dass ebenso das Nudging als übermäßiges Erschweren der Rechts- und Wahlausübung zu verstehen ist.

Damit ermöglicht Art. 13 Abs. 6 Hs. 1 Alt. 2 DMA grundsätzlich, eine *angemessene* monetäre Zuzahlung zu verlangen, da eine solche schon begrifflich kein *übermäßiges Erschweren* darstellen kann. Es liegt gleichwohl näher, die in Art. 13 Abs. 6 Hs. 1 Alt. 1 DMA angesprochenen (Zugangs- und Nutzungs-)Bedingungen, denen eine monetäre Zuzahlung als synallagmatische Gegenleistung unzweifelhaft unterfällt, hinsichtlich der Vertragsinhalte als *lex specialis* und abschließend zu betrachten. Demnach darf ein Torwächter kein höheres Entgelt<sup>42</sup> verlangen, wenn sich ein Endnutzer statt für den klassischen datenintensiven zPD für die von demselben Torwächter angebotene wpA desselben entscheidet. Eine sachliche Rechtfertigung – etwa in Form einer Effizienzrede – ist ausweislich des Wortlauts unmöglich.<sup>43</sup> Dies ist gerade mit Blick auf die negativen Auswirkungen, die dieser paternalistische Steuerungsansatz auf die informationelle Selbstbestimmung hat, bemerkenswert.<sup>44</sup>

## 4 Schlussfolgerung

Angesichts der vorstehenden Überlegungen ist künftig wohl in zweifacher Hinsicht zu unterscheiden: Zunächst ist festzustellen, ob der Onlinedienst von einem benannten Torwächter im Sinne des Art. 3 DMA oder von einem „nur“ marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des Art. 102 AEUV angeboten wird. Sodann ist zu fragen, ob der klassische Onlinedienst auf dem *alternativen Datenentgeltmodell* beruht oder gegen eine einmalige respektive regelmäßige Geldzahlung die Datenverarbeitungen auf das Erforderliche beschränkt werden können.

Bietet ein marktbeherrschendes, von der Kommission (noch) nicht als Torwächter benanntes Unternehmen einen Onlinedienst an und will im Rahmen dessen personenbezogene Daten verarbeiten, obwohl dies für die Vertragsdurchführung nicht erforderlich ist, so darf es die nun obligatorisch anzubietende datenärmere Alternative unabhängig davon monetarisieren, ob der klassische datenintensive Onlinedienst monetär kostenlos oder kostenpflich-

<sup>37</sup> Vgl. ErWG 36 S. 6 und ErWG 37 S. 4, 8 DMA, wonach die Entscheidung „frei“ respektive „freiwillig“ sein muss.

<sup>38</sup> Art. 8 Abs. 1 S. 3 DMA und ErWG 12 stellen klar, dass die Vorgaben der DS-GVO auch von Torwächtern jederzeit einzuhalten sind und der DMA „nur“ weitergehende Verpflichtungen auferlegt.

<sup>39</sup> Ohne eine Differenzierung *Herbers*, in: Podszun (Fn. 32), Art. 13 Rn. 27.

<sup>40</sup> Dazu und zum Folgenden ausführlich *Schmid/Späth*, NZKart 2022, 568, 571; ggf. ist diese Zuzahlung um eine Monopolrente zu kürzen, s. Fn. 29.

<sup>41</sup> Vgl. zu den möglichen, im kalifornischen Recht vorgesehenen Ansätzen instruktiv in diesem Heft *Kühling/Schwartz*, 1.3.2.

<sup>42</sup> Möglich bleibt, den konkreten Minderwert zu berechnen, siehe oben. A.A. *MüKoEuWettbR/Bueren/Weck*, 4. Aufl. 2023, DMA Art. 5 Rn. 103b, die auch unabhängig von diesen Erwägungen eine Monetarisierung der wpA für stets zulässig erachten.

<sup>43</sup> Dazu grundlegend und kritisch Monopolkommission, Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act (2021), Rn. 130 ff.

<sup>44</sup> Ausführlich hierzu bereits *Schmid/Späth*, NZKart 2022, 568, 573; zum PUR-Modell auch *Kühling/Sauerborn*, ZfDR 2022, 339, 359-361.

tig ist. Hinsichtlich der Preis- und Konditionenfestsetzung gilt es nur zu beachten, dass sie insgesamt als angemessen anzusehen sind. Hier entfalten einzig das nun vom EuGH wettbewerbsrechtliche angereicherte Datenschutzrecht sowie die wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle eine normative Steuerungswirkung.

Stellt hingegen ein benannter Torwächter einen zPD bereit, darf er die Zugangsbedingungen zu der wpA desselben zPD nach der oben dargelegten Ansicht keinesfalls verschlechtern. Ist der klassische zPD – etwa Facebook – monetär unentgeltlich zugänglich, so darf der Torwächter – etwa Meta – die jeweilige wpA nicht monetarisieren, sondern muss sie – vorbehaltlich einer konkreten Minderwertberechnung – monetär kostenlos anbieten. Dabei gewährt der DMA weniger Spielraum als die DS-GVO, die Angemessenheit genügen lässt. Ist der klassische zPD bereits monetär kostenpflichtig ausgestaltet, darf die wpA nicht mehr kosten. Freilich bleibt es dem Torwächter unbenommen, den einst monetär kostenlosen zPD künftig entgeltlich auszugestalten. So kann er die aus der Inanspruchnahme der wpA resultierenden Mindererlöse aus (weniger-)personalisierter Werbung auffangen.<sup>45</sup>

Hinsichtlich der Möglichkeit des Nutzers, in Form von Daten den Plattformdienst zu „kaufen“, ergibt sich spiegelbildlich Folgendes: Greift *allein* die DS-GVO, kann der Nutzer künftig frei wählen, ob er den Plattformdienst mit Geld oder mit Daten bezahlt. Ist *zusätzlich* der DMA anwendbar, ist der Nutzer in seiner Wahlfreiheit paradoxerweise eingeschränkter: Zwar kann er sich für die wpA entscheiden und damit *weniger* Daten für den *gleichen* zPD preisgeben – im Umkehrschluss kann er aber gerade mit einem *Mehr* an Datenpreisgabe *kein Mehr* an Dienstleistung erwerben. Denn Letzteres ist mit der Pflicht des Torwächters, die Bedingungen und Qualität des zPD nicht zu verschlechtern, nicht vereinbar, Art. 13 Abs. 6 DMA. Letztlich wird dem Nutzer auf diese Weise die Möglichkeit zur freien Kommerzialisierung seiner Daten<sup>46</sup> genommen und dieser damit in seiner informationellen Selbstbestimmung beschnitten. Dass dies im Sinne des Erfinders ist, darf bezweifelt werden.

Der im DMA beschrittene Weg lässt sich mit Blick auf die den Torwächtern wegen deren Marktstellung auferlegten Pflichten mit erklärtem Ziel der Effektivierung des Datenschutzrechts<sup>47</sup> nachvollziehen. Wenn dies aber zugleich eine endnutzerseitige Beschränkung der informationellen Selbstbestimmung des Einzelnen bewirkt, beißt sich die Katze in den Schwanz.

Der Ansatz des EuGH, dem Nutzer unterschiedliche Entgeltoptionen an die Hand zu geben, gepaart mit feingranularen Einwilligungsmöglichkeiten bezüglich der verschiedenen Verarbeitungsprozesse, ist zu begrüßen.<sup>48</sup> Wie die divergierenden Steuerungsansätze in Einklang zu bringen sind, bleibt abzuwarten.

## 5 Ausblick

Die sogenannten Big-Data-Unternehmen stehen damit vor einer nicht zu unterschätzenden Feuerprobe ihrer Geschäftsmodelle.

<sup>45</sup> Dazu und zum folgenden Absatz *Schmid/Späth*, NZKart 2022, 568, 573 f.

<sup>46</sup> Mit Verweis auf die weitere Forschung *Kühling/Buchner*, DuD 2023, 519; instruktiv zur „Konvergenz von kalifornischem Recht und DS-GVO“ in diesem Heft *Kühling/Schwartz*.

<sup>47</sup> Vgl. insoweit nur ErWG 36 S. 5 und ErWG 37 S. 2, 3 DMA; ausdrücklich Kommissionsvorschlag des DMA, COM(2020) 842 final, S. 4.

<sup>48</sup> So auch *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 13), Art. 7 DS-GVO, Rn. 45a, 53c f.

Denn diese werden nun nicht mehr nur von den zahlreichen im Rahmen der Datenstrategie<sup>49</sup> erlassenen Verordnungen grundsätzlich in Frage gestellt, sondern auch von einer sowohl seitens der Aufsichtsbehörden<sup>50</sup> als auch der Gerichte<sup>51</sup> zunehmend gegen sie in Stellung gebrachten DS-GVO. Mehrere Entwicklungen bleiben abzuwarten: Ist nun – im Vergleich zum Musik-, Video- und Zeitungsmarkt mit reichlich Verspätung – das Ende der „kostenlosen“ sozialen Netzwerke und Plattformdienste eingeläutet?<sup>52</sup> Werden es die Unternehmen schaffen, überzeugende Modelle vorzulegen, um den Wert von Daten zu berechnen? Wie werden die Nutzer auf monetär kostenpflichtige Angebote reagieren? Entpuppt sich die DS-GVO fünf Jahre nach ihrem Inkrafttreten zugleich als erste auf den Datensektor unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten zielende Regulierung? Wie wird sich die internationale Auswirkung und Rezeption der neuen europäischen Ansätze darstellen? Wird es ein „gespaltenes“ Internet geben, in dem innerhalb der EU andere Dienste angeboten werden als außerhalb? Auf erstere und letztere Frage zeichnen sich bereits erste Hinweise ab: Meta bietet nun seine Dienste für bis zu 13 Euro pro Account an und bringt den X-Klon *Threads* (vorerst) nicht auf den europäischen Markt.<sup>53</sup> Weitere Entwicklungen werden sich ab Beginn der Umsetzungsverpflichtung der Art. 5 bis 7 DMA, gemäß Art. 3 Abs. 10 DMA zum 6. März 2024, ausmachen lassen. Wenn Meta sein nun avisiertes, einseitig die wpA betreffendes Monetarisierungsmodell tatsächlich umsetzen sollte, sieht sich der DMA selbst schon gleich zu Beginn einer Feuerprobe hinsichtlich seiner eigenen Durchsetzungskraft ausgesetzt.

## Open Access

Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 (CC BY) International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/ die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

## Funding

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

<sup>49</sup> Kommission, COM(2020) 66 final; VO (EU) 2022/868; VO (EU) 2022/2065; VO (EU) 2022/1925; sowie insbesondere der Vorschlag für ein „Datengesetz“ COM(2022) 68 final.

<sup>50</sup> BKartA, Beschl. gegen Meta v. 6.2.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895; GDPD (IT), Entsch. gegen TikTok v. 22.1.2021 n. 20, doc. Web n. 9524194; ders. Entsch. gegen ChatGPT v. 30.3.2023 n. 112, doc. Web n. 9870832 und v. 11.4.2023 n. 114, doc. Web n. 9874702; AP (NL), Entsch. gegen TikTok v. 9.4.2021, <https://t1p.de/n216b>; DPD (IE), Entsch. gegen Meta v. 22.5.2023 i. H. v. 1,2 Milliarden Euro, <https://t1p.de/gy5wv> und v. 4.1.2023 i. H. v. 390 Millionen Euro, <https://t1p.de/dfu5>; ferner ICC (UK), Entsch. gegen TikTok v. 4.4.2023, <https://t1p.de/0rf4p>; speziell zur personalisierten Werbung *Datatisynet* (NO), Entsch. gegen Meta v. 17.7.2023, <https://t1p.de/g0exm> und die Bestätigung durch EDSA/EDPB, Entsch. v. 27.10.2023, <https://t1p.de/6s2r7>.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21, DuD 2023, 579 – Meta Plattformen auf Vorlage des OLG Düsseldorf v. 24.3.2021, Kart 2/19 (V), GRUR-RS 2021, 8370.

<sup>52</sup> Dies vorhersagend *Determann*, ZD 2021, 69, 71; *ders.*, ZD 2018, 443, 445.

<sup>53</sup> Zum Abo-Modell vgl. FAZ.net 30.10.2023, <https://t1p.de/8tyds>; bzgl. *Threads* vgl. *Weckler*, *Independent.ie* 7.7.2023, <https://t1p.de/o7aw1>.